

Resumen

La acción de tutela frente al derecho a la salud es un mecanismo judicial subsidiario que tiene procedencia ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales ordinarios que contrarresten la vulneración de derechos fundamentales. A pesar del carácter prestacional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada que, en ciertos casos, es viable su protección mediante la acción de tutela. Este artículo recoge parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que establece las prestaciones que pueden ser ordenadas mediante decisiones de tutela en materia de seguridad social en salud.

Palabras clave

Sistema General de Seguridad Social en Salud, derecho a la salud, derecho fundamental, acción de tutela, Corte Constitucional, interpretación constitucional, derecho a la seguridad social en salud.

Abstract

The action of trusteeship as opposed to the right to the health is a subsidiary judicial mechanism that has origin before the nonexistence or inefficiency of other ordinary judicial mechanisms that resist the violation of fundamental rights. In spite of the assistant character of the right to the health, the constitutional jurisprudence has established of repeated way that, in certain cases, its protection is viable by means of the trusteeship action. This article gathers part of the jurisprudence of the Constitutional Court, that establishes the benefits that can be ordered by means of decisions of trusteeship in the matter of social security in health.

Key words

General System of Social Security in Health, right to the health, fundamental right, tutelage, Constitutional Court, constitutional interpretation, right to the social security in health.

Prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud*

(Recibido: Marzo 9 de 2009. Aprobado: Agosto 28 de 2009)

NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES**

Introducción

La Constitución Política de Colombia de 1991, en el marco del fortalecimiento del Estado constitucional, social y democrático de derecho, amplía considerablemente el conjunto de prestaciones a cargo del Estado, particularmente en lo que tiene que ver con el Estado Bienestar, encargado de ofrecer a todas las personas oportunidades mayores para que en la práctica el derecho a la igualdad sea real y efectivo. En este sentido, el capítulo II del título II de la Carta Política consagra los llamados derechos sociales, económicos y culturales, conocidos, en gran parte, como derechos de segunda generación, que buscan la efectividad de los derechos individuales de primera generación. Entre estos derechos de segunda generación se consagra el tema de la seguridad social, como derecho social y servicio público, que abarca tres clases de contingencias a través de igual número de sistemas, relacionados respectivamente con los regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales.

Esta nueva concepción de la seguridad social ha planteado multitud de conflictos surgidos en la prestación del servicio de salud a las personas, lo que ha dado lugar, en muchos casos, a pronunciamientos de la Corte Constitucional en cumplimiento de la función de revisión de fallos de tutela y la constitucionalidad de normas.

* Resultado parcial de una investigación ya concluida, titulada HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA, desarrollada por la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Cartago, y financiada por CONADI.

** Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Pereira. Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Manizales. Abogado litigante. Coordinador y Docente del programa de pregrado en Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Cartago. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Pereira. Correo electrónico: nestorjaviercalvo@yahoo.com

En ejercicio de la anterior atribución constitucional, han sido cientos los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca del derecho de la seguridad social en salud como derecho y servicio público, en algunos casos, mediante sentencias de constitucionalidad, de revisión de tutelas o de unificación de la jurisprudencia constitucional.

En este orden de ideas, este trabajo tiene como objetivo general establecer la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional acerca de las prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud, a partir de la Constitución Política de 1991.

Finalmente, en cuanto a las pretensiones de este estudio en el avance del campo respectivo y su aplicación en el área investigada, los resultados de la investigación son conducentes a la generación de conocimiento, puesto que es claro que no se tiene una sistematización de la hermenéutica constitucional del derecho a la seguridad social en salud en Colombia, en lo referente a la identificación de las reglas, principios y argumentos que ha utilizado la Corte Constitucional, en las decisiones sobre la materia, que sirva de instrumento académico y de consulta para las entidades públicas y privadas y usuarios del servicio público de salud en Colombia.

Metodología

La investigación que se desarrolló fue de tipo cualitativo, ya que con ella se buscó comprender y describir la interpretación constitucional sobre las prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud en Colombia, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para el desarrollo del presente trabajo se acudió a un enfoque histórico-hermenéutico, a través del cual se interpretó, como unidad de análisis, la labor hermenéutica realizada por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad y revisión de tutelas, donde se han decidido casos sobre el derecho a la seguridad social en salud en Colombia, desde 1991.

Resultados

Prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud

En lo que tiene que ver con la protección del derecho a la salud por vía de la acción de tutela, es necesario primero advertir que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela

frente al derecho a la salud es un mecanismo judicial subsidiario que tiene procedencia ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales ordinarios que contrarresten la vulneración de derechos fundamentales¹.

Por otro lado, el artículo 49 de la Constitución Política consagra que la salud tiene un doble significado, por una parte es un derecho y por otro lado, es un servicio público² al que tienen acceso todas las personas, correspondiéndole al Estado organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad³.

El derecho a la salud por regla general no es un derecho fundamental por sí mismo, ya que es un derecho de carácter económico, social y cultural, es decir, de naturaleza asistencial o prestacional, y que en palabras de la Corte Constitucional⁴ presenta

Como característica general la de ser un derecho programático y de desarrollo progresivo que le corresponde regular e implementar al legislador, y que, como tal, se traduce en programas de acción estatal que a su vez se materializan en el reconocimiento de prerrogativas de orden económico y social que configuran derechos prestacionales en favor de los habitantes del territorio nacional, a cargo del Estado y exigibles desde su perspectiva estrictamente subjetiva (C.P. arts. 48 y 49).

Por otra parte, a pesar del carácter prestacional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada que es viable su protección mediante la acción de tutela en los siguientes casos: En primer lugar, cuando adquiere el carácter de derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales; en segundo lugar, cuando adquiere el carácter de derecho fundamental por la calidad especial del titular del derecho y, en tercer lugar, cuando adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo en cuanto a su contenido esencial.

Es de advertir que en reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007, magistrado ponente: Humberto Sierra

1 Sentencia T-101 del 16 de febrero de 2006 (referencia: expediente T-1208306), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

2 En relación con el derecho a la salud, la Corte Constitucional ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Sentencias T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Corte Constitucional, sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

4 Corte Constitucional, sentencia T-420 del 24 de mayo de 2007, (referencia: expediente T-1534507), magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Porto, estableció la fundamentalidad de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, y que dicho carácter de derecho fundamental no se deriva de la forma como se hagan efectivos en la práctica. Con base en esta jurisprudencia el derecho a la salud se considera por sí solo un derecho fundamental, por cuanto permite las condiciones necesarias para llevar y disfrutar plenamente de una vida digna, íntegra y armónica, y al ser su contenido de carácter prestacional, cuando exista renuencia de las autoridades competentes para realizar dicho derecho en la práctica, el juez de tutela está facultado para hacerlo efectivo cuando se encuentre amenazado o vulnerado. En consecuencia, la Corte Constitucional⁵ ha sostenido que "todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado".

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia T-583 del 30 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1587320), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, ha sostenido que la protección constitucional del derecho fundamental a la salud a través de la acción de tutela procede por:

- (i) Falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas.

Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la seguridad social en salud, se procederá a continuación a relacionar las principales reglas jurisprudenciales definidas por la Corte Constitucional sobre prestaciones ordenadas cuando se hace uso de dicho mecanismo de protección constitucional.

1. Inaplicación de las normas que ordenan pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles o la cotización de un número mínimo de semanas. El artículo 187 de la ley 100 de 1993 estableció que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) están sujetas a pagos moderadores, denominados como pagos compartidos, cuotas moderadoras o dedu-

5 Sentencia T-524 del 12 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1572378), magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

cibles, que tienen por objeto racionalizar los servicios o complementar la financiación de los servicios prestado. La Corte Constitucional mediante sentencia C-542 de 1998, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara, declaró la constitucionalidad condicionada del anterior artículo, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no posee capacidad económica para cancelar los pagos moderadores o controvierte la validez de su exigencia, "el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes".

Como consecuencia de la exequibilidad condicionada del artículo 187 de la ley 100 de 1993, la Corte Constitucional⁶ ha establecido como regla jurisprudencial que las entidades promotoras de salud (EPS) no pueden exigir la cancelación de un copago, como condición para el suministro del tratamiento médico o la realización de un procedimiento quirúrgico de carácter urgente para un menor, cuando se encuentra afiliado en calidad de beneficiario al régimen contributivo del SGSSS, y sus padres no cuentan con los recursos económicos suficientes para asumir esta obligación, y de la realización de la cirugía dependa la recuperación de su salud, por cuanto dicha negativa constituye una afectación a los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor.

En sentencia T-296 de 2006 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, se establecieron dos reglas para señalar en que casos debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas con el fin de garantizar el derecho constitucional a la salud:

[1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.⁷ [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación corres-

6 Sentencia T-036 del 27 de enero de 2006. referencia: expediente T-1241225. magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño

7 En la Sentencia T-743 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) esta Corporación resolvió tutelar los derechos a la vida y a la salud del accionante y en consecuencia, ordenar a la Secretaría de Salud Departamental de Santander que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, garantice al accionante el acceso a los servicios de salud que requiriera para el tratamiento del cáncer que le fue diagnosticado, indicando a la IPS correspondiente que se subsidiara el 100% del valor de tales servicios.

pondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio⁸.

Las EPS y las entidades territoriales no pueden abstenerse de prestar servicios médicos en los casos en que los pacientes no tengan la capacidad económica suficiente para pagar las cuotas moderadoras o copagos⁹.

El usuario del SGSSS, trátese de afiliado o beneficiario, no está obligado a cancelar cuotas moderadores, pagos compartidos, copagos ni deducibles para la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sino dispone de los recursos económicos para sufragarlos o cuando controvierte la validez de su exigencia¹⁰. En estos casos la imposibilidad de realizar dichos pagos o cuando no se han completado las semanas mínimas de cotización establecidas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, no puede dar lugar a la negación de la prestación del servicio de seguridad social en salud. Procede en virtud del artículo 4^o. de la Constitución Política, la excepción de inconstitucionalidad por medio de la cual se inaplican para el caso concreto las normas legales y administrativas y prevalecen los derechos personalísimos de los individuos¹¹.

En lo que tiene que ver con la exigencia de la cotización de un número mínimo de semanas para acceder a determinados tratamientos, la Corte Constitucional en la sentencia T-691 de 1998, ha indicado que:

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que la aplicación sin contemplaciones del decreto 806 de 1998, reglamentario de la ley 100 de 1993, acogiendo los mandatos de su artículo 164, vulnera el derecho constitucional a la salud, en conexión con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento sometido a un mínimo determinado de cotizaciones al sistema cuando: 1.- la falta del tra-

8 Cfr. T - 908 de 2004. Op. Cit.

9 Corte Constitucional, Sentencias T-540 de 2006, magistrada ponente: Clara Inés Vargas; T-036 de 2006, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño; T- 940 de 2005, magistrada ponente: Clara Inés Vargas; T-617 de 2004, magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería; T - 411 de 2003. magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño; T-328 de 1998, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz; y C-542 de 1998, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1998.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

tamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; 2.- ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; 3.- el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie y 4.- el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.

En el mismo sentido anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-058 del 1º. de febrero de 2007 (referencia: expediente T-1453531), magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis, ha concluido que cuando se trata de la atención de personas con enfermedades catastróficas y sin capacidad de pago, los derechos a la vida y a la salud no pueden verse condicionados a normas o situaciones de orden económico, y en consecuencia, los costos del tratamiento deben ser asumidos por la EPS, quien tiene la acción de repetición contra el Estado.

Según la sentencia T-745 de 2004 de la Corte Constitucional, la inaplicación de la normatividad que obliga a cancelar cuotas moderadores, pagos compartidos, copagos o deducibles, procede cuando se cumplan las siguientes condiciones¹²:

(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.

Con respecto a los dos primeros y el último de los requisitos, el dictamen de la necesidad del medicamento y su carácter de insustituible corresponde al médico tratante, lo que puede ser controvertido por la entidad de salud. Sobre el particular ha expresado la Corte Constitucional¹³ que no es competencia de los jueces de tutela establecer la eficacia de los procedimientos médicos, ya que estos se determinan por consideraciones técnicas, en los siguientes términos:

12 Sobre el tema se pueden observar, entre otras, las siguientes Sentencias: T-058 de 2004, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; T-178 de 2002, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil y T-1204 de 2000, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

13 Sentencia T-344 de 2002, magistrado ponente: José Manuel Cepeda Espinosa.

2.2. De los elementos fácticos que debe verificar el juez de tutela en un caso concreto para determinar si el anterior precedente es aplicable o no, ocupa un lugar destacado establecer si en realidad el afiliado necesita el medicamento o el tratamiento solicitado, esto es, si en realidad están comprometidos los derechos fundamentales a la vida y la salud del paciente. La urgencia con la que se requiere el servicio, más la imposibilidad de costearlo, son los elementos centrales que llevan al juez a tutelar los derechos de una persona en un caso de este tipo. Ahora bien, definir el carácter de necesidad es un asunto primordialmente técnico que por lo general supone conocimientos científicos de los cuales los jueces carecen, por lo que es preciso fijar un criterio objetivo en el cual el funcionario judicial pueda sustentar su decisión.

2.3. La jurisprudencia constitucional ha señalado en repetidas ocasiones que el criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona.¹⁴

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden,¹⁵ así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo.¹⁶ De forma similar, la jurisprudencia ha considerado que el

14 Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y SU-819/99 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

15 En la sentencia T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández) se consideró que: "La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica."

16 En la sentencia T-665/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se decidió que "(...) la petición del solicitante: que cualquier médico lo pueda recetar y se le entregue el medicamento que diga aún quien no es médico tratante, es una solicitud abiertamente contraria al sistema de salud que existe en Colombia. Luego había razón para denegar la tutela." Esta decisión ha sido reiterada recientemente en las sentencias T-749/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-256/02 (M.P. Jaime

concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la E.P.S.: la opinión del profesional de la salud debe ser tenida en cuenta prioritariamente por el juez¹⁷.

La jurisprudencia constitucional¹⁸ ha consagrado la facultad que tienen los jueces de tutela, cuando sea necesario, para requerir al médico tratante con el fin de obtener informes complementarios sobre la formulación ordenada, verificar historias clínicas u ordenar dictámenes médicos adicionales, y de esta manera adquirir mayor certeza sobre la necesidad del tratamiento, teniendo presente la presunción de veracidad de que gozan las afirmaciones y negaciones indefinidas formuladas en la demanda, en el caso que no hayan sido controvertidas por el accionado.

Finalmente, sobre el mismo tema, la Corte Constitucional en sentencia T-421 del 25 de mayo de 2007 (referencia: expediente T-1497439), magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla, ha sostenido que:

Según la jurisprudencia, la necesidad y urgencia son asuntos primordialmente técnicos que suponen conocimientos científicos, por lo cual el criterio imperante será el del médico tratante, por cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico-médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar y comprometerla).¹⁹

Por tal razón, la opinión del médico tratante es la fuente de carácter técnico a la cual el juez de tutela deberá acudir, para establecer qué medicamentos y procedimientos requiere una persona²⁰,

Araujo Rentería); sin embargo, es preciso indicar que en esta última aunque efectivamente se reiteró que a la E.P.S. sólo la obliga el concepto de un médico adscrito a la misma, se decidió que cuando se trate del derecho a la salud de un niño, y el dictamen sobre el cual se haya basado la reclamación haya sido proferido por un médico no adscrito a la E.P.S., ésta debe proceder a determinar si en realidad el menor necesita el medicamento mediante remisión a un médico adscrito a ella, en lugar de negarse a pagar la prestación solicitada por el menor.

17 Ver, entre otras, las Sentencias T-666/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-155/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-179/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández).

18 Corte Constitucional, Sentencia T-1016 del 30 de noviembre de 2006 (referencia: T-1411920), magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

19 T-344 de 2002 (mayo 9), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

20 Cfr. T-271 de 1995 (junio 23), M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-480 de 1997 (septiembre 25), M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-819 de 1999 (octubre 20), M. P. Álvaro Tafur Galvis.

con tal significación, que prevalece incluso si fuere controvertida por funcionarios de la EPS.²¹

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el tercer requisito establecido por la Corte Constitucional para inaplicar la normatividad sobre cuotas moderadores, pagos compartidos o copagos, tenemos que en el régimen contributivo del SGSSS los afiliados cotizantes y sus beneficiarios se encuentran sujetos al cobro de cuotas moderadoras, y los copagos únicamente se cobran por los servicios requeridos por los usuarios que se encuentran afiliados en el régimen subsidiado y para las personas vinculadas.

En aplicación del principio de equidad, el Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS y el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales²².

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional (sentencias T-683 de 2003²³, T-744 de 2004²⁴, T-499 de 2005²⁵ y T-514 de 2005²⁶), el régimen probatorio para verificar la incapacidad económica del usuario del Sistema de Seguridad Social en Salud se somete a las siguientes reglas:

(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o

21 Cfr. T-666 de 1997 (diciembre 10), M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-155 de 2000 (febrero 22), M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-179 de 2000 (febrero 24), M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-378 de 2000 (abril 3), M. P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-946 de 2005, magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

23 Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

24 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

26 Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.

La omisión de la parte demandada en controvertir y probar la capacidad económica del usuario, da por probada la afirmación del actor de la imposibilidad de realizar dichos pagos. En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-657 del 23 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1580334), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, ha sostenido que quien alega la incapacidad económica lo único que debe hacer es manifestarlo durante el proceso y es obligación del juez de tutela requerir al accionante para que pruebe sus condiciones económicas, es decir, que la incapacidad económica del actor de la tutela se prueba a través de su manifestación en el proceso y la misma no es desvirtuada por el accionado, o cuando el juez de tutela no produce las decisiones para recaudar las pruebas que demuestren la situación económica del accionante.

La Corte Constitucional ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a los sectores más pobres de la población, es decir respecto de los afiliados al régimen subsidiado, particularmente los clasificados en los niveles I y II del SISBEN (sentencias T-617 de 2004 y T-940-05). Sobre el tema referido, en jurisprudencia más reciente y con fundamento en el literal g del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, el mismo alto tribunal²⁷ sostuvo que no existen copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del SISBEN o el instrumento que lo remplace.

Es de advertir que la Corte Constitucional²⁸ considera que se colma el presupuesto de la carencia de recursos económicos del afiliado para la procedencia de la protección a través de la acción de tutela, cuan-

27 Sentencia T-301 del 27 de abril de 2007 (referencia: expediente T-1508193), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

28 Sentencia T-560 del 18 de julio de 2006 (referencia: expediente T-1318434) magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

do a pesar de acreditarse la existencia de ingresos del afiliado, estos resultan insuficientes de cara al costo global del servicio médico o los medicamentos y a la periodicidad con la cual se requieren, de tal manera que el pago de tales costos por parte del afiliado implica una carga desproporcionada y vulneratoria de su derecho al mínimo vital.

Sobre este último particular, la Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, establece que:

Se entiende que una persona carece de capacidad de pago cuando no tiene los recursos para sufragar cierto costo, o cuando se afecta su '*mínimo vital*'.²⁹ Como lo ha reiterado en varios casos la jurisprudencia constitucional, el derecho al mínimo vital no es una cuestión '*cuantitativa*' sino '*cualitativa*'. El mínimo vital de una persona depende de las condiciones socioeconómicas específicas en la que esta se encuentre, así como de las obligaciones que sobre ella pesen. El derecho al mínimo vital "*no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante.*"³⁰ Teniendo en cuenta

29 Al respecto ver también, entre otras, la Sentencia SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz, SV Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Antonio Barrera Carbonell), en este caso, se decidió confirmar un fallo de instancia en el que se había tutelado el derecho a la salud de un menor, y se había ordenado al Ministerio de Salud y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, '*se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis*'. En esta oportunidad, se consideró que de acuerdo con la jurisprudencia, que el juez constitucional "*puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.*"

30 Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería). En este caso la Corte dijo: "*(...) Las exculpaciones presentadas por la demandada no son de recibo, pues la doctrina constitucional de esta Corporación ha señalado con palmaria claridad que el estado de liquidación de la empresa no es excusa para que ésta deje de cumplir con obligaciones que, como las mesadas que les debe a sus pensionados, son de primerísimo orden y merecen prioridad en su pago. (...) Así las cosas, esta Sala considera que Aquantioquia S.A. E.S.P violó efectivamente el derecho al mínimo vital de la señora María Edilma Cuartas López.*"

que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona. Por ejemplo, un servicio de salud que se requiere constantemente y cuyo costo es superior a la mitad de los ingresos de la persona,³¹ o un servicio que se requiere una sola vez, pero que equivale a casi al doble de los ingresos mensuales de la persona.³² Puede suceder que a una misma persona le sea imposible pagar un servicio cuyo costo es elevado pero si tenga capacidad económica para cancelar el valor de los medicamentos.³³ No obstante, la Corte no ha concedido la tutela en ciertos eventos, así el costo al servicio fuera cercano a una quinta parte de los ingresos de la persona.³⁴

Cuando la capacidad económica del usuario disminuye y no puede seguir asumiendo los pagos que le corresponden, es procedente la acción de tutela para garantizar el acceso a los servicios de salud³⁵.

Por otro lado, la Corte Constitucional³⁶ ha señalado que los servicios de salud requeridos para atender enfermedades de alto costo, ruinosas o catastróficas no están sujetos a copagos.

31 Entre aquellas sentencias en las cuales la jurisprudencia constitucional no ha sido exigente se encuentran las siguientes: En la sentencia T-1066 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) resolvió que una persona con ingresos mensuales de 3'600.000 pesos no tenía la capacidad económica para asumir el costo de unas medicinas cuyo costo era superior a los 2'000.000 de pesos mensuales; en la sentencia T-044 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), teniendo en cuenta que el costo mensual del medicamento requerido ascendía a \$3.200.000, la Corte consideró que "(...) *si bien los esposos Domínguez cuentan con un patrimonio líquido de \$390.000.000 e ingresos anuales por cerca de \$75.000.000, lo cierto es que la compra anual del medicamento generaría una reducción considerable en los ingresos de este núcleo familiar, toda vez que el gasto asciende a \$38.400.000, es decir, más de la mitad de los ingresos anuales.*"

32 Sentencia T-1083 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

33 En la Sentencia T-984 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se tuteló el derecho de una persona a acceder a un servicio notablemente costoso que requería y no podía pagar (*stents coronarios*, por más de veinte millones de pesos), a la vez que se le negó el derecho a recibir sin pago unos medicamentos no incluidos en el POS, pero cuyo costo (\$150.000 mensuales) era una carga soportable por el accionante.

34 En la sentencia T-059 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis) se decidió que una mujer de 59 años que cotiza al sistema de salud, con ingresos anuales de 13'644.000, tiene capacidad económica para asumir un servicio de salud (arrendar mensualmente un dispositivo) que anualmente cuesta entre 3 y dos millones y medio de pesos (alrededor del 20% de los ingresos de la señora).

35 Corte Constitucional, Sentencia T-973 de 2006, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

36 Sentencia T-913 del 3 de noviembre de 2006 (referencia: expediente T-1421071), magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Ahora bien, cuando las normas administrativas exoneran a las entidades de salud para asumir los costos de los medicamentos o tratamientos no incluidos en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POS-S) y en virtud a la protección de derechos fundamentales se requiere su suministro a un usuario del SGSSS, la Corte Constitucional³⁷ ha dispuesto que existen dos vías que responsabilizan a las entidades de salud en dicha actividad, en los siguientes términos:

La primera medida está orientada a que las ARS, de forma directa, realicen la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Estado. No obstante, esta solución resulta excepcional y se otorga en atención a que se trata de sujetos de especial protección. La segunda medida se dirige a que la ARS coordine con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario³⁸.

Recapitulando, cuando un afiliado al SGSSS afirma que no cuenta con los recursos económicos para pagar el costo de los servicios, insumos o medicamentos necesarios para conservar su vida e integridad personal, prescritos por el médico tratante y excluidos del POS, las EPS están obligadas a prestarlos con la facultad de repetir contra el Estado, salvo que se logre desvirtuar las afirmaciones del usuario, demostrando su capacidad económica para asumir la prestación de los servicios médicos.

2. Práctica de procedimientos excluidos del POS. La Corte Constitucional en sentencia T-099 del 16 de febrero de 2006, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra, estableció que es procedente mediante acción de tutela, ordenar la práctica de exámenes no contemplados en el POS, previos a la realización de una cirugía cuando el no efectuarla vulnera el derecho a la salud en conexidad con su derecho a la vida digna, así como es deber de la EPS cubrir el traslado del paciente y su acompañante al lugar donde debe recibir este servicio.

La protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida no sólo involucra el peligro de muerte o la pérdida de una función orgánica sino también la existencia misma de vida humana en circunstancias de plena dignidad³⁹.

37 Sentencia T-419 del 25 de mayo de 2007 (referencia: expediente T-1527250), magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

38 Corte Constitucional, sentencia T-165 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

39 Corte Constitucional, Sentencia T-1302 de 2001 con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

Es procedente la acción de tutela con el fin de proteger el derecho a la salud de quien por sufrir una vulneración de este derecho padece como consecuencia un menoscabo en el goce de su derecho a llevar una vida digna, para lograr el restablecimiento del disfrute ordinario de sus condiciones de existencia. Como por ejemplo, ordenar la realización de exámenes previos y necesarios a una cirugía que permita llevar una existencia en condiciones dignas a pesar de no existir un peligro inminente de muerte.

El Estado tiene la obligación de proporcionar el servicio público de salud a todos sus asociados a través del SGSSS, donde las EPS suministran los tratamientos, exámenes y medicamentos incluidos en el POS.

Y por otro lado, en virtud del principio de supremacía constitucional y en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, las EPS deben prestar los servicios médicos excluidos del POS, cuando se presenten los siguientes elementos⁴⁰:

1. La falta del medicamento, tratamiento o examen amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal del afiliado o a la vida digna.
2. El medicamento, tratamiento o examen excluido, no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o no tiene la misma efectividad.
3. El paciente no puede sufragar los costos del medicamento, tratamiento o examen y no puede acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.
4. El medicamento o procedimiento fue prescrito por un médico adscrito a la EPS o a la ARS.

La Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, concluye que las EPS violan el derecho a la salud cuando no autorizan los servicios que requieran, argumentando su falta de inclusión en el POS, ya que toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que le que hayan sido ordenados por el médico tratante y cuando el usuario no tiene la capacidad económica para costearlos por sí mismo.

2.1 Procedencia de la acción de tutela para la práctica de cirugía bariátrica. En la sentencia T-639 del 16 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1587403), magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional ha afirmado que con respecto a las órdenes de realización por vía de la acción de tutela de las intervenciones quirúrgicas para el tratamiento de la obesidad mórbida o ci-

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-975 de 1999, T- 1166 de 2000, T-080 de 2001, T-1056 de 2001, T-453 de 2003, T-645 de 2004, T-752 de 2004, T-974 de 2004, T-1129 de 2004, T-002 de 2005 y T-471 de 2005.

rugías bariátricas, excluidas del POS, de los requisitos jurisprudenciales para la procedencia de la orden por vía de tutela merece especial análisis por parte del juez de tutela el que corresponde a verificar la inexistencia de otras alternativas más efectivas, por cuanto la posibilidad de dichas cirugías debe considerarse como la última opción para el tratamiento de la obesidad mórbida. Por lo anterior, la obtención de la práctica de la cirugía bariátrica por vía de acción de tutela, debe agotar previamente la valoración médica interdisciplinaria del paciente que certifique la falta de efectividad de otros tratamientos alternativos.

En desarrollo de la anterior regla jurisprudencial, en la sentencia T-264 de 2003, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño, se ordenó la práctica de la cirugía bariátrica de *by pass* gástrico a un paciente, previa valoración de un equipo médico multidisciplinario que determinó la ineffectividad de otros tratamientos para el problema de sobrepeso; en las sentencias T-828 de 2005 y T-027 de 2006 se estableció que la práctica de la cirugía bariátrica quedaba supeditada a la previa valoración multidisciplinaria de un equipo de especialistas; y en la sentencia T-867 de 2006 se negó la práctica de una cirugía bariátrica, por la falta de diligencia de la accionante en la realización de procedimientos menos radicales para el control del sobrepeso.

2.2 Prestaciones médicas no incluidas en el POS-S y obligaciones de las EPS del régimen subsidiado (EPS-S). El marco normativo relativo a las prestaciones de los servicios no cubiertos por el POS-S se encuentra desarrollado por el artículo 31 del decreto 806 de 1998; el artículo 4º. del acuerdo No. 72 del 29 de agosto de 1997, "Por medio del cual se define el Plan de Beneficiarios del Régimen Subsidiado", expedido por el CNSSS; y la resolución No. 3384 de 2000 del Ministerio de Salud.

Con base en la anterior normatividad, ha señalado la Corte Constitucional⁴¹ que "cuando una persona está afiliada al Régimen Subsidiado en Salud y requiere de servicios no contemplados en el POS-S, ella puede acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, y allí podrá reclamar de éstas la atención médica requerida".

Las restricciones legales que impone el POS-S, no pueden ser oponibles a aquellas personas, que por sus condiciones de vulnerabilidad y pobreza son sujetos de especial protección de parte del Estado, y en los casos en los que requieran una atención médica que no se encuentre incluida en el POS-S, la prestación de la misma deberá estar orientada por los principios de eficiencia, universalidad, y particularmente solidaridad.

41 Sentencia T-844 del 13 de octubre de 2006 (REF.: expediente T-1370412) magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

En aquellos casos en los que una EPS-S no se encuentre legalmente obligada a prestar un servicio médico o a suministrar algún medicamento por no estar incluidos en el POS-S, la correspondiente prestación o suministro podrá efectuarse ya sea mediante la orden dada por el juez de tutela a la EPS-S, caso en el cual la entidad obligada podrá ser autorizada para que repita contra el FOSYGA, o por orden impartida por el juez de tutela a la EPS-S para que junto con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato, coordine la prestación del servicio, caso en el que los recursos provienen del subsector oficial de salud que se destine para el efecto.⁴²

2.3 Procedimiento de autorización de los comités técnico-científicos (CTC) de medicamentos no incluidos en el POS⁴³. La resolución 2948 de 2003 del Ministerio de Salud establece la existencia de un CTC⁴⁴, encargado de atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial, vinculados con la adecuada prestación de los servicios de salud. Constituye función específica del mencionado comité la autorización de las "solicitudes presentadas por los médicos tratantes para el suministro a los afiliados de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS) adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen adicionen o sustituyan".

Sobre la función de los CTC, en lo que tiene que ver con la autorización de medicamentos no incluidos en el Manual de Medicamentos Obligatorios, la Corte Constitucional⁴⁵ ha señalado que ella sólo se refiere a constatar que el diagnóstico del médico tratante es consonante con las condiciones de salud del usuario y que busca una respuesta clínica satisfactoria, sin llegar a contradecir las prescripciones del médico, salvo que el CTC, "basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario."⁴⁶

42 Corte Constitucional, Sentencia T-1048 de 2003, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, reiterada en la sentencia T-1069 de 2004, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

43 Sentencia T-1016 del 30 de noviembre de 2006 (referencia: T-1411920), magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

44 Este comité se encuentra integrado por las EPS, del Régimen Contributivo y/o Subsidiado, las cajas de compensación familiar que administren directamente los recursos del artículo 217 de la ley 100 de 1993 y demás entidades obligadas a compensar.

45 Sentencia T-1016 del 30 de noviembre de 2006 (referencia: T-1411920), magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-344 de 2002, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

La procedencia de la autorización para el suministro de medicamentos por los CTC no sólo se verifica ante la presencia de un riesgo inminente para la vida, sino que también incluye todos aquellos eventos donde se requiera la protección de la dignidad humana.⁴⁷ En este sentido, la Corte Constitucional⁴⁸ ha establecido los siguientes alcances del derecho a la seguridad social en salud

Esta Corporación ha señalado,⁴⁹ en forma reiterada, que los derechos a la seguridad social y a la salud, previstos en los artículos 48 y 49 de la Carta, adquieren el carácter de fundamentales, siempre que su prestación ineficaz o inexistente ponga en peligro o vulnere la vida o la integridad personal.

En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no sólo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas⁵⁰.

En este sentido, ha dicho la Corte,⁵¹ que el derecho a la vida, por ser el más trascendente y fundamental de todos los derechos, debe interpretarse integralmente con el concepto de existencia digna, de conformidad con el artículo 1º superior que erige a Colombia como un Estado Social de derecho fundado en "el respeto de la dignidad humana".

De la misma forma esta Corporación⁵² ha reiterado que "el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anoma-

47 En la sentencia T-722 de 2001, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional resolvió inaplicar por inconstitucional para el caso concreto el literal (b) del artículo 4º de la Resolución No.5061 de 1997 del Ministerio de Salud, y ordenar en 48 horas a la E.P.S. el suministro del medicamento requerido por el accionante para tratar su patología, "acné maduro quístico - cicatriz severa externa- depresión secundaria."

48 Sentencia T-493 de 2006, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

49 Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-533 de 1992, T-527 de 1992, T-597 de 1993, T-005 de 1995, T-271 de 1995, SU-111 de 1997, T-378 de 1997, T-1006 de 1999, T-204 de 2000 y T-1103 de 2000.

50 Sentencia T-617 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

51 Ver, entre otras decisiones, las sentencias T-377 y T-084 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-706 y T-274 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

52 Sentencia T-598 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

lías en la salud, aun cuando no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad.⁵³

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional en sentencia T-768 del 25 de septiembre de 2007 (referencia: expediente T-1636256), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, aclaró que la función de los CTC es más administrativa que técnica, razón por la cual la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante, adscrito a la entidad, prevalece sobre la decisión que niega la entrega o la sustitución de la prestación tomada por el CTC, por cuanto es el primero quien conoce de cerca la salud del usuario y puede establecer lo que más le conviene según la naturaleza de la patología.

En conclusión, una vez presentada la fórmula médica y determinada la imposibilidad del usuario de cubrir su costo, las entidades de salud están obligadas a ordenar la entrega de los medicamentos, conservando el derecho a ejercer control sobre la formulación a través de los CTC. El procedimiento para este control no debe ser adelantado por el usuario del servicio, por cuanto la solicitud de autorización de un medicamento no incluido en el Manual de Medicamentos del POS, debe ser presentada por el médico tratante al CTC de la EPS, el que debe resolver dentro de la semana siguiente, razón por la cual una EPS no puede negar uno de los mencionados medicamentos argumentando que el anterior procedimiento no se ha surtido, por cuanto dicha falta de diligencia está en cabeza de la EPS y no del paciente⁵⁴. Sobre este último aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-523 del 12 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1570296), magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, precisó que no constituye requisito de procedencia de la acción de tutela ni de amparo de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados acudir previamente al CTC solicitando un medicamento excluido del POS, ya que dicho procedimiento es competencia del médico tratante y no le corresponde adelantarlo al accionante.

2.4 Ausencia de procedimiento de autorización de los CTC de servicios de salud diferentes a medicamentos no incluidos en el POS. La Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que existe un vacío normativo en cuanto al trámite de autorización de

53 Sentencia T-224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada posteriormente en la Sentencia T-722 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

54 Corte Constitucional, sentencia T-1016 del 30 de noviembre de 2006 (referencia: T-1411920), magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

servicios de salud distintos a medicamentos no incluidos en el POS, por parte de los CTC y las EPS. En dichos casos, el usuario debe acudir a la acción de tutela para tener acceso al servicio de salud.

2.5 Deber de sustentar las exclusiones del POS. Las EPS tienen la obligación de explicar las razones por las cuales niegan la prestación de servicios o elementos no incluidos en el POS, mediante acreditación sumaria y técnica de profesionales de la salud sobre la exclusión del procedimiento, tratamiento o medicamento de la cobertura de los servicios autorizados, en virtud a lo complejo de la naturaleza de los servicios que están en el POS y la ausencia de definiciones oficiales⁵⁵. Por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-859 de 2003, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett, ordenó a una EPS suministrar lo necesario para una intervención médica, en razón a que la entidad demandada no aportó un análisis científico y concluyente de su negativa a prestar el servicio y; en sentencia T-415 del 24 de mayo de 2007 (referencia: expediente T-1549802), magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis, se ordenó a una EPS suministrar una "órtesis", por cuanto el artículo 12 de la resolución 5261 de 1994 del CNSSS establece que el sistema suministra a los pacientes "órtesis" y la EPS accionada no desvirtuó a través de un previo análisis científico, suficiente y concluyente porque la "órtesis" prescrita a un menor no coincidía con las establecidas en la mencionada norma.

3. Atención de prestación ordenada por médico no adscrito a la EPS. En cuanto a aquellos casos en que una prestación requerida es ordenada por un médico que no está adscrito a la EPS respectiva, la Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que cuando:

(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) que la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que éste manda. No obstante, ante un claro incumplimiento, y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva.

55 Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 2006, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

La regla general es que el concepto científico del médico tratante, adscrito a la EPS es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo, ya que el concepto de un médico que no se encuentra adscrito a la EPS puede obligarla, si no lo descarta con base en información científica que se derive del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el CTC. La valoración de un médico externo puede darse por la ausencia de valoración médica de los profesionales adscritos a la EPS⁵⁶. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha establecido que el concepto médico externo obliga a la EPS, si con anterioridad la misma ha aceptado sus conceptos⁵⁷.

4. Traslado y estadía para la prestación de servicios de salud.

La Corte Constitucional en sentencia T-900 de 2002, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, sostuvo que el paciente o su familia deben cubrir los gastos de traslado desde su lugar de residencia hasta el lugar donde ha de prestarse el servicio médico de salud, salvo que el paciente pruebe su incapacidad económica y la de sus parientes cercanos, circunstancia en la que el Estado tiene la obligación directa o a través de la EPS de suministrar lo necesario para el desplazamiento cuando exista el peligro de la no recuperación de la salud, la vida o la calidad de la misma.

Por otra parte, la Corte Constitucional en fallo T-201 del 15 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1459744), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, estableció las siguientes condiciones para que proceda el traslado de pacientes por parte de las entidades de salud:

- (i) el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1º y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los

56 En la Sentencia T-083 de 2008 (magistrado ponente: Mauricio González Cuervo) la Corte Constitucional resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), *"que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente."*

57 En la Sentencia T-1138 de 2005 (magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil), la Corte Constitucional decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna⁵⁸ (ii) el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento⁵⁹ y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación⁶⁰.

En cuanto al cubrimiento del traslado de un acompañante del paciente, la jurisprudencia constitucional en sentencia T-197 de 2003, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño, inicialmente estableció que aquél se debe autorizar por la EPS siempre que se reúnan los siguientes requisitos: el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, que requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. Posteriormente, en la sentencia T-201 del 15 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1459744), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, además del cumplimiento de los requisitos para que proceda el traslado de los pacientes, para el caso de los acompañantes, se exigió que el paciente debía ser una persona discapacitada, de la tercera edad o un menor de edad que no pudiera valerse por sí mismo.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia T-253 del 12 de abril de 2007 (referencia: expediente T-1486329), magistrada ponente: Clara Inés Vartas Hernández, ordenó a una EPS proporcionar no sólo los gastos de traslado de un paciente sino también los de manutención que requiriera él mismo en el traslado a un lugar diferente a la ciudad en la que residía para llevar a cabo cualquier procedimiento médico relacionado con la enfermedad que padecía. Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, señaló que el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, pero que en ciertos eventos son necesarios para garantizarle a una persona poder recibir la atención requerida.

En consecuencia, por regla general el paciente o su familia debe asumir el traslado de su domicilio al lugar de prestación del servicio y el correspondiente hospedaje, y excepcionalmente, cuando se cumplan las condiciones anteriormente enumeradas, corresponde a la EPS asumir el costo de dicho traslado y manutención.

58 Sentencia T-364 de 2005

59 Sentencias T-786 de 2006, T-861 de 2005, T-408 de 2005, T-197 de 2003, T-467 de 2002, T-900 de 2002, T-1079 de 2001.

60 Cfr. T-786 de 2006, T-861 de 2005, T-408 de 2005, T-197 de 2003, T-900 de 2002.

5. Procedencia de la acción de tutela para ordenar la remisión de pacientes al exterior.

La Corte Constitucional en la sentencia T-395 de 1998, estableció que para ordenar a las EPS la remisión de pacientes al exterior por vía de tutela, cuando se estén amenazando o vulnerando derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad física, deben reunirse los siguientes requisitos: (1) convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país. En estos casos, las EPS tienen "el derecho a exigir el reembolso de los gastos y sumas pagadas en exceso cuando dicho tratamiento, procedimiento o medicamento no esté incluido en el POS, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)."⁶¹

Con posterioridad el artículo 37 de la ley 508 de 1999, reguló la prestación de servicios de salud en el exterior por fuera del POS, modificando la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 806 de 1998. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia SU.819 del 20 de octubre de 1999 (referencia: Expediente T-217.495), magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis, señaló que frente a las solicitudes de remisión al exterior para la prestación de servicios de salud por fuera del POS, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Corresponde al Estado, como directamente responsable de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la obligación de asumir los procedimientos, intervenciones, medicamentos y demás gastos que demanda el tratamiento que el afiliado requiere para la recuperación de su salud.
- b) El Estado, a través del Ministerio de Salud -o en su caso la EPS conforme lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social-, podrá, una vez efectuada la respectiva evaluación y obtenidos los resultados de los exámenes realizados al paciente y determinada la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento, y antes de su remisión, exigir a la EPS a la que se encuentre afiliado para que ésta proporcionalmente asuma el pago de lo que costaría un tratamiento similar, si este existiere, que se hubiera podido realizar en Colombia conforme a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud para la correspondiente patología.
- c) El Ministerio de Salud, previamente a la remisión del paciente al exterior, deberá disponer de los recursos a través del Fosyga con los cuales se cancelarán los gastos de traslado, intervenciones, procedimientos y otros a practicarle al paciente, así como la entidad que en el exterior se deberá hacer cargo del procedimiento; recursos

61 Corte Constitucional, Sentencias: T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-304 de 1998 y T-395 de 1998.

que se adicionarán a los que la EPS proporcionalmente deberá asumir en las condiciones mencionadas en el literal anterior.

- d) En el caso de la población vinculada, la responsabilidad y coordinación en cuanto al otorgamiento de prestaciones por fuera del POS, se debe efectuar a través de la red pública de prestadores y sus correspondientes fuentes de financiación.

De igual manera, en la misma jurisprudencia anteriormente citada, se fija la presencia de los siguientes requisitos para el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia:

- a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.
- b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).
- c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.
- d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.
- e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.
- (...)
- f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.
- g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

- h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.
- i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.
- (...)
- j) Todos los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de la territorialidad del sistema.

En conclusión, para acceder a los servicios de salud excluidos del POS en Colombia y en el exterior cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida, se deben cumplir los requisitos establecidos en la ley 508 de 1999, casos en los cuales el juez de tutela debe tener presentes los elementos de la territorialidad y la capacidad financiera para adoptar las órdenes correspondientes.

6. Procedencia de la acción de tutela para reclamar prestaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva. La jurisprudencia constitucional en la sentencia C-355 de 2006, destacó en primer lugar, que diferentes tratados internacionales son el fundamento para el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y en segundo lugar, que el amparo de tales derechos se relaciona con la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal y el estar libre de violencia. Sobre el segundo aspecto, se puede señalar que el derecho fundamental a la salud de las mujeres incluye la protección de sus derechos sexuales y reproductivos.

De lo anterior, la misma providencia concluye con respecto al derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, lo siguiente:

- a. El deber de todos los Estados de ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva.
- b. En el área de la salud se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, educación e información en salud sexual y reproductiva.
- c. La necesidad de no obstaculizar el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer y la importancia de asegurar la vigencia del derecho de las mujeres a controlar su fecundidad.

En la sentencia T-636 del 15 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1597440), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional recoge la jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela para reconocer prestaciones comprendidas en la atención de la salud sexual y reproductiva excluidas del POS, concluyendo que en aquellos casos de patologías que alteran la vida sexual normal de las personas, “el pleno goce de la salud sexual hace parte del ejercicio de derechos fundamentales como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre su procreación, así como los de la salud, la vida digna, el libre desarrollo de la personalidad”.

En primer lugar, se cita la sentencia T-926 de 1999, donde se ordena a una EPS el suministro del medicamento denominado Viagra excluido del POS, con el propósito de tratar un problema de disfunción eréctil que sufría el accionante, bajo el sustento que la salud sexual es un elemento del derecho a la vida en condiciones dignas. Y en segundo lugar, en la sentencia T-143 de 2005 se ampararon los derechos de una persona de la tercera edad que padecía disfunción eréctil, ordenando a la EPS el implante de una prótesis peneana inflable o maleable excluida del POS y ordenada por especialistas, después que el suministro de varios medicamentos ordenados por los médicos tratantes no había arrojado resultados satisfactorios. En este caso, la Corte Constitucional “estableció que la sexualidad de las personas forma parte integral del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y de otros derechos como la intimidad, por lo cual su protección por vía de tutela resulta procedente”.

Concluye la sentencia T-636 de 2007 que por vía de la acción de tutela es procedente reclamar prestaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva y, en particular, con tratamientos de infertilidad, bajo los siguientes supuestos:

En tal sentido, (i) cuando de conformidad con las características del asunto particular se constata afectación del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, esto es, cuando se verifica que el tratamiento ya se había iniciado por parte de la E. P. S. y fue abruptamente interrumpido, la acción de tutela resulta procedente para solicitar la protección del principio de continuidad y eficiencia que forman parte integral de la garantía del derecho fundamental de la salud. También resulta procedente acudir a la referida acción (ii) cuando la infertilidad surge como producto de otras patologías que afectan también la vigencia de derechos

constitucionales fundamentales⁶² tales como el derecho a la salud, a la integridad personal, a la vida en condiciones dignas⁶³.

Por todo lo anterior, los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual la Corte Constitucional en la última sentencia citada, ordenó a una EPS autorizar el examen solicitado por la médica tratante para establecer las patologías que impedían a la accionante llevar a término sus embarazos y para determinar el procedimiento a seguir en su caso particular, por cuanto la negativa de la entidad demandada a realizarlo vulneraba los derechos al examen diagnóstico y a la salud sexual y reproductiva de la actora. Adicionalmente, se facultó a la EPS a repetir los gastos en que incurriera ante el FOSYGA.

7. Alcance de las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud. La Corte Constitucional en sentencia T-583 del 30 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1587320), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, ha expresado que en ciertas situaciones se solicita en la acción de tutela la orden de realizar determinada prestación, como por ejemplo el suministro de un medicamento, tratamiento o procedimiento determinado que fue ordenado por el médico tratante, casos en los que la decisión del juez se dirige en ese sentido. Pero en otros casos, en desarrollo del principio de integralidad del servicio, la solicitud de la acción de tutela va encaminada a que se ordene la realización de un conjunto de prestaciones relacionadas con una determinada condición de salud de la persona, caso en el cual el juez de tutela debe reconocer la atención integral en salud mediante una orden determinable consistente en la descripción de una deter-

62 Por ausencia de estos requisitos, la Corte Constitucional ha negado las acciones de tutela, cuyos fallos de instancia fueron revisados mediante las sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001, T-512 de 2003 y T-242 de 2004, entre otras.

63 En aplicación de estos criterios jurisprudenciales, la Corte ha concedido acciones de tutela como aquella presentada por una ciudadana que padecía la patología denominada "miomatosis uterina de grandes elementos" que le generaba infertilidad, para cuyo tratamiento requería el suministro de varios medicamentos. La Sala Novena de Revisión, en Sentencia T-901 de 2004, ordenó no sólo la autorización para la entrega de dichos fármacos, sino que impuso a la ARS demandada, el deber de suministrar a la actora los "demás medicamentos y procedimientos médicos requeridos dentro del tratamiento" de su padecimiento. Para lo anterior, consideró que la enfermedad del aparato reproductor, padecida por la peticionaria, afectaba sustancialmente su salud y su vida en condiciones dignas. De igual manera ha procedido esta Corporación en aquellos casos en que ha verificado la ocurrencia de una interrupción en los tratamientos de infertilidad ya iniciados. En efecto, en sentencia T-572 de 2002, confirmó la sentencia de segunda instancia que había concedido el amparo, por considerar que la suspensión del tratamiento que venía recibiendo la actora con inyecciones, representaba la afectación de su derecho a una vida digna, a la integridad física y a la posibilidad de ser madre.

minada patología o condición de salud, con el propósito de que la EPS disponga las acciones necesarias para brindar la atención al usuario.

En la misma jurisprudencia citada, la Corte Constitucional sostiene:

Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional⁶⁴ (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas⁶⁵ (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior no debe ser interpretado como una especificación exhaustiva, pues es posible encontrar otros criterios razonables mediante los cuales se pueda hacer determinable la orden de atención integral en salud, como lo ha hecho en algunas ocasiones la Corte, por ejemplo en casos en que la situación de salud de una persona es tan precaria e indigna (sin que se trate de un sujeto de especial protección o de alguien que padezca de una enfermedad catastrófica), que se hace necesario ordenar el reconocimiento de todas las prestaciones que requiera para superar dicha situación⁶⁶. Se insiste en que, a lo anterior debe mediar el cumplimiento de las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha dispuesto para garantizar el derecho a la salud por vía de tutela.

Finalmente, las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud permiten dar protección con respecto a prestaciones futuras, siempre y cuando estas sean determinables.

8. Procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales. La Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que se desconoce el derecho a la salud de una persona, cuando una EPS niega la autorización de incapacidades laborales, argumentando la falta de pago o la cancelación extemporánea de las cotizaciones. En estos casos, la acción de tutela es procedente, de manera excepcional, para reclamar el pago de las incapacidades laborales, en virtud a la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana; y a que existe allanamiento a la mora, cuando una EPS no hace uso de los mecanismos de cobro para lograr el pago de los aportes atrasados.

9. Servicios médicos negados por vía de tutela. La Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente:

64 T-459 de 2007

65 T-1234 de 2004

66 Ver por ejemplo la T-160 de 2007 y la T-459 de 2007.

te: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, ha considerado que el derecho a la salud tiene límites razonables y justificados constitucionalmente, por las necesidades y prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar los recursos disponibles, y en consecuencia, en algunos casos se han negado servicios de salud solicitados mediante acción de tutela, cuando dichos servicios no son necesarios para preservar la vida o la integridad personal o indispensables para poder vivir dignamente.

La misma sentencia relaciona los siguientes casos donde los servicios de salud, solicitados por vía de tutela, fueron negados:

(i) *Servicios de salud estéticos*: En sentencia T-749 de 2001,⁶⁷ se negó una cirugía reconstructiva mamaria a una mujer que quería mejorar la apariencia física de sus senos. En sentencia T-490 de 2006,⁶⁸ se negó una depilación por láser a un hombre que padecía de Pseudofoloculitis de la Barba, enfermedad que consiste en que los vellos de la barba se le incrustan en la piel, por lo cual el actor se veía forzado a sacárselos con un alfiler. En sentencia T-198 de 2004,⁶⁹ se negó una cirugía plástica a una mujer que tras haber recibido tratamiento por un herpes infeccioso se le diagnosticó cicatriz irregular antiestética sobre el ala nasal izquierda. Esta Corporación adujo que de acuerdo a lo indicado por el médico tratante, se trata de una operación que no está dirigida a lograr la recuperación funcional de la demandante, sino que persigue exclusivamente fines estéticos. En sentencia T-676 de 2002,⁷⁰ la Corte negó tratamientos originados como consecuencia de complicaciones de cirugía estética. En sentencia T-073 de 2007,⁷¹ se concluyó que los derechos a la salud y a la integridad personal del hijo de la accionante, no fueron vulnerados por la entidad demandada al negar el medicamento para el acné ordenado por su médico tratante, no contemplado por el Plan Obligatorio de Salud. La Juez de Instancia concluyó que la afección a la salud que padece el menor no vulnera ni pone en riesgo su salud, su vida o su integridad personal. Se trata de una enfermedad común de la adolescencia y no hay indicio en el expediente de que la situación del menor sea especialmente grave, además la demandante no probó que no pueda pagarlo, ni impugnó el fallo, ni aportó

67 Corte Constitucional, Sentencia T-749 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

68 Corte Constitucional, Sentencia T-490 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

69 Corte Constitucional, Sentencia T-198 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

70 Corte Constitucional, Sentencia T-676 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería).

71 Corte Constitucional, Sentencia T-073 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

las pruebas solicitadas. En sentencia T-476 de 2000,⁷² la Corte negó una mamoplastia reductora porque no tiene fines terapéuticos ni se afecta la salud de la demandante. En sentencia T-539 de 2007,⁷³ negó una mamoplastia reductora porque no existe un riesgo inminente y grave, además, no se afecta la salud de la actora. En sentencia T-757 de 1998,⁷⁴ la Corte negó una cirugía de quiste sobre ceja derecha que no afecta su vida e integridad personal ni implica limitación funcional. Usualmente la Corte ha considerado que los tratamientos estéticos deben ser costeados por el interesado, así ello represente una carga económica elevada.⁷⁵

(ii) *Gafas y cirugía ojos*: En sentencia T-1036 de 2000,⁷⁶ la Corte negó el cambio de gafas a una paciente que sólo había cumplido 3 años con los lentes, y el cambio sólo puede hacerse cada 5 años. Esta Corporación argumentó que la no entrega de los nuevos lentes recetados, no es una circunstancia que ponga en peligro la vida de la accionante o lesione sus derechos fundamentales. En sentencia T-1008 de 2006,⁷⁷ negó el cambio de unas gafas a una paciente que llevaba un año con los lentes pero según el concepto de un médico de la EPS, éstos fueron mal formulados porque no deberían ser bifocales. La Corte señaló que la actora no acreditó que las gafas que se le formularon y suministraron el año inmediatamente anterior por parte del Seguro Social fueron mal recetadas y que por ello requiera de unas nuevas, pues solo aportó una formula expedida por una óptica en un formato de solicitud de examen de laboratorio. En sentencia T-409 de 1995,⁷⁸ negó una cirugía refractaria para corregir problemas vi-

72 Corte Constitucional, Sentencia T-476 de 2000 (MP Alvaro Tafur Galvis).

73 Corte Constitucional, Sentencia T-539 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

74 Corte Constitucional, Sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero).

75 En Sentencia T-117 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), la Corte negó los medicamentos *Seserum Gel* y *Umbrella Gel* solicitados por una mujer que padecía de melasma en su cara, enfermedad que le producía manchas blancas y envejecimiento en su piel. La Corte consideró que la accionante cuenta con los recursos necesarios para procurarse el suministro de dichos productos, en consideración a que los mismos no tienen un alto costo, que en principio, afecte su mínimo vital. En efecto, conforme a lo demostrado la accionante cuenta con una asignación mensual que una vez realizados los descuentos asciende a \$510.468 mientras los productos no superan la suma de \$50.000. De otra parte, en el presente caso tampoco están acreditados los presupuestos que permitan verificar la existencia de un perjuicio irremediable en cabeza de la accionante por la no entrega de dichos productos, ni se ha desvirtuado la naturaleza cosmética de los mismos, lo cual, en principio, no evidencia una afectación al derecho a la vida de la accionante.

76 Corte Constitucional, Sentencia T-1036 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

77 Corte Constitucional, Sentencia T-1008 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

78 Corte Constitucional, Sentencia T-409 de 1995 (MP Antonio Barrera Carbonell).

suales a un hombre que padecía de miopía y astigmatismo y se negaba a usar gafas por la incomodidad y mal aspecto físico que le producía su uso. Esta Corporación precisó que no es la tutela el mecanismo idóneo para hacer efectivo el derecho pretendido por el actor, pues en la protección del derecho a la salud existe una esfera o ámbito que se vincula con el derecho a la vida y, por lo tanto, bajo este aspecto se le reconoce como un derecho fundamental.

(iii) *Tratamientos de fertilidad*: En sentencia T-698 de 2001,⁷⁹ negó una laparoscopia operatoria a una mujer que padecía una enfermedad de su aparato reproductor caracterizada por la inflamación de los ovarios y dolor pélvico persistente, igualmente se le diagnosticó un hidrosalpinx en el lado derecho. Esta Corporación argumentó que no procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él. En sentencia T-946 de 2002,⁸⁰ negó el tratamiento de fertilidad consistente en inseminación y fecundación *in-vitro* a una mujer que sufría de endometriosis severa, hidrosalpinx y fibroplastia. La Corte reiteró que el tratamiento se encontraba excluido del POS y no era posible ordenarlo mediante tutela y señaló que no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud. En sentencia T-752 de 2007,⁸¹ negó una fertilización *in-vitro* a una mujer beneficiaria del régimen subsidiado que tenía problemas para quedar embarazada. Esta Corporación argumentó que no existe violación de derechos fundamentales por la negación del tratamiento solicitado porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.

(iv) *Tratamiento de desintoxicación*: En sentencia T-1060 de 2002,⁸² la Corte negó un tratamiento de desintoxicación alcohólica.

79 Corte Constitucional, Sentencia T-698 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño).

80 Corte Constitucional, Sentencia T-946 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

81 Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

82 Corte Constitucional, Sentencia T-1060 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

(v) *Prótesis*: En sentencia T-1123 de 2000,⁸³ la Corte negó el suministro del medicamento Rinocort y prótesis para la pierna derecha del accionante. La Corte concluye que no hay elementos de juicio que permitan sustentar una orden de tutela que determinen dar una droga y una prótesis que no figuran en el POS. En sentencia T-820 de 2001,⁸⁴ negó el mantenimiento de prótesis del pie solicitado por el demandante, por cuanto la salud del actor no se encuentra afectada de tal manera que sus derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal se encuentren vulnerados.

(vi) *By pass gástrico*: En sentencia T-1078 de 2007,⁸⁵ negó una cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia a persona con obesidad mórbida, porque la actora no ha explorado otros tratamientos y se niega a seguir dietas y ejercicios. En sentencia T-867 de 2006,⁸⁶ la Corte no ordenó una cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia por cuanto no se afectaba la vida de la accionante.

(vii) *Servicios de odontología*: En sentencia T-343 de 2003,⁸⁷ la Corte negó una cirugía periapical (tratamiento bucal) por cuanto no amenazan la vida e integridad personal del actor ni ha sido ordenada por el médico tratante. En sentencia T-1276 de 2001,⁸⁸ negó un tratamiento odontológico a un hombre que sufrió un accidente y perdió 11 dientes del maxilar inferior. Esta Corporación adujo como el actor no aportó ninguna prueba que demostrara su incapacidad económica para costear el suministro solicitado, se considera que en el presente caso no se cumplen con los presupuestos fijados por esta Corporación para hacer viable la procedencia de la acción de tutela.

(viii) *Alergias*: En la sentencia T-1289 de 2005,⁸⁹ negó la acción de tutela porque resulta improcedente para lograr el suministro de vacunas antialérgicas. Incluso otras vacunas han sido negadas.⁹⁰

83 Corte Constitucional, Sentencia T-1123 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

84 Corte Constitucional, Sentencia T-820 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra).

85 Corte Constitucional, Sentencia T-1078 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto).

86 Corte Constitucional, Sentencia T-867 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

87 Corte Constitucional, Sentencia T-343 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

88 Corte Constitucional, Sentencia T-1276 de 2001 (MP Alvaro Tafur Galvis).

89 Corte Constitucional, Sentencia T-1289 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

90 En sentencia T-666 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), la Corte niega vacunas porque se presume que el actor cuenta con la capacidad de pago necesaria para asumir el valor de las vacunas de su hijo menor de edad.

Se concluye que mediante acción de tutela no procede la orden de servicios de salud, cuando no sean necesarios para preservar la vida o la integridad personal ni indispensables para que se pueda vivir dignamente.

10. Improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos patrimoniales. La Corte Constitucional en sentencia T-160 del 8 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1437949), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, ha concluido que la acción de tutela no es un mecanismo procedente para el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial, indemnizatorio o legal, ya que el interesado tiene otros medios de defensa judicial, como lo constituye el acudir a la jurisdicción ordinaria, salvo que se presente la situación de un perjuicio irremediable.

En el caso analizado en la anterior providencia, se decidió que la acción de tutela era improcedente para acceder a la pretensión que tenía la accionante de que fuera indemnizada por los daños materiales y morales que la EPS demandada le había ocasionado por su falta de diligencia. En otro caso similar, la Corte Constitucional en sentencia T-163 del 8 de marzo de 2007 (referencia: expedientes T-1469616 y T-1478158 acumulados), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, estableció que la acción de tutela no es procedente como mecanismo judicial para procurar la satisfacción de pretensiones patrimoniales, como lo es la exoneración de copagos por tratamientos médicos que ya han sido prestados. En sentencia T-637 del 16 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1600958), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, la Corte Constitucional reiteró que la acción de tutela no es procedente para solicitar reembolso de dineros por medicamentos y tratamientos ya prestados.

11. Facultad de las EPS de repetir contra el FOSYGA el pago de las prestaciones médicas no incluidas en el POS. Ante situaciones de incapacidad económica de los usuarios del SGSSS, la Corte Constitucional⁹¹ ha expresado que:

Las instituciones prestadoras tienen la posibilidad de solicitar el reembolso de las sumas de dinero, que en principio estaban a cargo del paciente, directamente con cargo a la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA), si el demandante se encuentra afiliado al régimen contributivo o a la entidad territorial, si el demandado se encuentra afiliado al régimen subsidiado.

91 Sentencia T-811 del 28 de septiembre de 2006 (referencia: expediente T-1380939) magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

La anterior posición jurisprudencial se sostiene desde la sentencia SU-480 de 1997, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En desarrollo de lo anterior, por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-169 del 9 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1505683), magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, facultó a una EPS para repetir contra el FOSYGA, por el valor del copago que debía hacer la accionante que en virtud de dicha decisión, quedó exenta de pagar, y señaló que el FOSYGA dispondría de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo haría, la que no podía exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud de pago.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que cuando una persona requiere de un servicio de salud no incluido en el POS, y carece de recursos económicos para cubrir el costo que le corresponda asumir, las EPS deben asegurar el acceso a dicho servicio, las que tienen el derecho de repetir contra el Estado, a través del FOSYGA.

Ante la demora por parte del Estado de realizar los pagos de los recobros a favor de las EPS, que afecta la sostenibilidad del sistema, la Corte Constitucional en la última sentencia citada, ordenó al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del FOSYGA adoptar medidas para garantizar que el procedimiento de recobro sea ágil.

Finalmente, en la sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008, referencia: expediente D-7013, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, en el aparte que dispone:

j). En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.

A tal decisión la Corte Constitucional le dio alcances extensivos, puesto que expresó que dicha regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos también es aplicable para el caso que las EPS sean obligadas "mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes."

Conclusiones

Del análisis realizado, a título de conclusiones, se pueden enumerar las siguientes reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional sobre las prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia del derecho a la seguridad social en salud:

1. Cuando un afiliado al SGSSS afirma que no cuenta con los recursos económicos para pagar el costo de los servicios, insumos o medicamentos necesarios para conservar su vida e integridad personal, prescritos por el médico tratante y excluidos del POS, las EPS están obligados a prestarlos con la facultad de repetir contra el Estado, salvo que se logre desvirtuar las afirmaciones del usuario, demostrando su capacidad económica para asumir la prestación de los servicios médicos.
2. Es procedente mediante acción de tutela, ordenar la práctica de exámenes no contemplados en el POS, previos a la realización de una cirugía cuando el no efectuarla vulnera el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna.
3. La regla general es que el concepto científico del médico tratante, adscrito a la EPS, es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo, ya que el concepto de un médico que no se encuentra adscrito a la EPS puede obligarla, si no lo descarta con base en información científica que se derive del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el CTC.
4. El paciente o su familia deben cubrir los gastos de traslado desde su lugar de residencia hasta el lugar donde ha de prestarse el servicio médico de salud, salvo que el paciente pruebe su incapacidad económica y la de sus parientes cercanos, circunstancia en la que el Estado tiene la obligación directa o a través de la EPS de suministrar lo necesario para el desplazamiento cuando exista el peligro de la no recuperación de la salud, la vida o la calidad de la misma.
5. Para ordenar a las EPS la remisión de pacientes al exterior por vía de tutela, cuando se estén amenazando o vulnerando derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad física, deben reunirse los siguientes requisitos: (1) convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país.
6. Por vía de la acción de tutela es procedente reclamar prestaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva cuando de conformidad con las características del asunto particular se constata afec-

tación del principio de continuidad, o cuando la infertilidad surge como producto de otras patologías que afectan también la vigencia de derechos constitucionales fundamentales.

7. Cuando el juez de tutela reconoce la atención integral en salud debe hacerlo mediante una orden determinable consistente en la descripción de una determinada patología o condición de salud, con el propósito de que la EPS disponga las acciones necesarias para brindar la atención al usuario.
8. Se desconoce el derecho a la salud de una persona, cuando una EPS niega la autorización de incapacidades laborales, argumentando la falta de pago o la cancelación extemporánea de las cotizaciones.
9. Mediante la acción de tutela no procede la orden de servicios de salud, cuando no sean necesarios para preservar la vida o la integridad personal ni indispensables para que se pueda vivir dignamente.
10. La acción de tutela no es un mecanismo procedente para el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial, indemnizatorio o legal, ya que el interesado tiene otros medios de defensa judicial, como lo constituye el acudir a la jurisdicción ordinaria, salvo que se presente la situación de un perjuicio irremediable.
11. Si una EPS es obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes, los costos serán cubiertos por partes iguales entre la EPS y el Fosyga.

Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL. Providencias 1992-2008 [en línea]. Bogotá, oct. 2008. <<http://www.constitucional.gov.co/corte/>> [Consulta: 1º ene - 30 sep. 2008].



Caballista, fragmento

Mi ideal político es el democrático. Cada uno debe ser respetado como persona y nadie debe ser divinizado.

Albert Einstein